

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Beweismittel, die doch erst später producirt werden können, möglichst fern gehalten werden. In richtiger Erkenntniß der Gefahr, welche der Proceßleitung und Entscheidung aus einer Ueberladung des ersten Verfahrens droht, haben daher Doktrin und Praxis die anticipirte Beweisführung in sehr enge Grenzen eingeschlossen.

In neueren Proceßgesetzen ist die Verbindung der Verhandlungen in der Beweisinstanz bis zum Produktionsbescheide mit den Handlungen des ersten Verfahrens vorgeschrieben.[27])

Will indessen eine Gesetzgebung die jedenfalls problematischen Vortheile, welche man aus einer solchen Verbindung namentlich für die Abkürzung der Rechtsstreitigkeiten zu erzielen strebt, auch wirklich erreichen, so darf sie m. E. nicht auf halbem Wege stehen bleiben, sie muß insbesondere Präclusiv=Fristen oder Termine für die zu verbindenden Beweishandlungen vorschreiben.[28]) Geschieht dieß nicht, so hat der Streittheil oder sein Vertreter, welchem die raschere Erledigung des Processes nicht convenirt, es in der Hand, nach Ertheilung des Beweisinterlokuts weitere Beweis= oder Gegenbeweismittel zu benutzen, und die Beweisinstanz wird alsdann nicht abgekürzt, sondern zum Theil verdoppelt.

VII.

Ueber das interdictum und die exceptio quod vi aut clam, mit erläuternden Rechtsfällen.

Von

Herrn Dr. Friedrich Zimmermann
Hofgerichtsrath in Gießen.

§. 1.

Das interdictum quod vi setzt voraus, daß das Verbot, der Einspruch, gegen eine dem Verbietenden schädliche Neuerung an

27) So in Kurhessen durch provis. Gesetz vom 22. Juni 1851. §. 55, 57, 58, nach dem Vorgange der Preuß. Gesetzgebung.

28) Dieß thut das erwähnte kurheff. Gesetz nicht (§. 61), sondern es verlegt die Präclusion in den mündlichen Verhandlungstermin.

einem Grundstücke unter solchen Umständen erfolgte, welche den Unternehmer des opus ein derartiges Verbot mit Sicherheit erwarten ließen, und er nun dennoch dagegen handelte oder die Erlassung eines derartigen Verbotes gewaltsam verhinderte. Umgeht aber der Unternehmer des Werkes durch heimliches Beginnen oder durch Nichtanzeige des opus an den Interessirten das erwartete Verbot, oder den mit Sicherheit zu erwartenden Einspruch, so findet gegen denselben das interdictum quod clam statt. Bei dem int. q. vi ist gegen die offene Handlung des Unternehmers ein Verbot wirklich eingelegt, oder dessen beabsichtigte Einlegung mit Gewalt verhindert worden, während es bei dem int. q. clam wegen der Heimlichkeit der Handlung oder der Unterlassung der Anzeige nicht bis zum Verbote kommt. Die gemeinschaftliche Voraussetzung beider Interdicte ist aber, daß der Unternehmer des Werkes nach den vorliegenden Verhältnissen Widerspruch gegen dasselbe erwarten mußte.[1]) Dafür spricht:

1) Die überall gleichförmige Behandlung beider Interdicte in dem nemlichen Edicte des Prätors und in einem und demselben Titel in den Pandekten. Ausdrücklich hebt auch Ulpian[2]) hervor, daß das Verbot nur eine demonstrirende Kraft habe, daß es also an und für sich als nacktes Verbot gar nichts wirke, sondern der Grund der Verbindlichkeit, gerade so, wie bei dem int. q. clam. eigentlich mehr in der Handlung des delinquirenden Unternehmers liege.

2) Ebenso sagt Ulpian[3]) ganz allgemein von beiden Interdicten, daß dadurch der calliditas (Arglist) Derer begegnet werden solle, welche Etwas gewaltsam oder heimlich unternehmen, wie denn auch überall von dolus malus, und der atrocitas facinoris vel sceleris, dem factum delinquentis, die Rede ist[4]); ähnliche Ausdrücke, wie sie bei dem interdictum unde vi gebraucht werden.[5]) Auf denjenigen, welcher auf das nackte, muthwillige

---

1) Vgl. meine Ausführung in diesem Archive Bd. 37. S. 230 fg.; welcher jetzt auch beigetreten ist: v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 2. Aufl. 1858. Bd. III. S. 982. 983.

2) Fr. 3. pr. D. quod vi aut clam (XLIII, 24).

3) Fr. 1. §. 1 D. h. t.

4) Fr. 1. §. 11. fr. 2. fr. 3. pr. fr. 11. §. 6. 7. D. h. t.

5) Fr. 1. §. 43. fr. 3. pr. fr. 19. D. de vi (XLIII, 16).

Verbot eines unberufenen Dritten keine Rücksicht nimmt, passen derartige Bezeichnungen offenbar nicht. [6])

3) Ausdrücklich wird in Consequenz hiermit bei beiden Interdicten vorausgesetzt, daß der Unternehmer Wissenschaft oder Sicherheit darüber habe, er werde auf Widerspruch stoßen. [7])

4) Bei beiden Interdicten wird erwähnt, daß der Unternehmer, wenn er erwarten muß, Widerspruch zu erfahren, dem Interessirten eigentlich die Anzeige von seinem Vorhaben zu machen habe. Geschieht dieß nicht, so liegt hierin schon eine Verheimlichung, welche, die Erwartung des Widerspruches vorausgesetzt, auch ohne besondere Heimlichkeit, das Interdict quod clam begründet. [8]) Wird auf die regelmäßige denunciatio von Seiten des Unternehmers ein Verbot des Denunciaten eingelegt, so ist die demonstrirende Wirkung des Verbotes augenfällig, wenn nun dennoch gegen das Verbot gehandelt wird. Es soll aber auch selbst alsdann, wenn keine denunciatio des Unternehmers dem Verbote vorausging, wie Ulpian utilius annehmen zu können glaubt, das int. quod vi stattfinden, was aber doch offenbar voraussetzt, daß man eigentlich eine denunciatio des Unternehmers an den Prohibirenden hätte erwarten sollen, daß die Verhältnisse der Art sind, wonach der Unternehmer ein Verbot erwarten mußte. Die Aeußerung Ulpians: Si quis, cum non denuntiasset, opus se facturum, (also der Unternehmer) eique denunciatum esset, ne faceret, (vom Prohibirenden) — fecerit: utilius puto, probandum, vi eum fecisse schließt sich unmittelbar an seine Erörterung über die Beschaffenheit der denunciatio, wenn sie von dem Vorwurfe

---

6) Wenn es im fr. 15. §. 11. h. t. heißt: culpam quoque in hoc interdicto venire, erit probandum, so bezieht sich dieß nach dem Zusammenhange mit den vorhergehenden Paragraphen nur darauf, daß auch Der, welcher sich durch Schuld in die Lage versetzt, nicht restituiren zu können, gerade so behandelt werde, als sei er dazu im Stande; bezieht sich also nicht auf die Begründung, sondern auf die Wirkung des Interdictes.

7) Fr. 1. §. 8. fr. 5. pr. fr. 3. §. 8. h. t. fr. 43. D. ad. leg. Aquil. (IX, 2).

8) Fr. 3. §. 7, 8. fr. 4. fr. 5. pr. bis §. 6. incl. h. t. — Archiv für prakt. Rechtswiss. von Elvers, Schäffer u. A. Bd. III. XVII. No. 9. S. 336.

der Clandestinität befreien soll, an, und geht von dem int. q. clam, auf dasjenige quod vi über.[9])

5) Der Prätor würde mit sich selbst in den ärgsten Widerspruch gerathen, wenn er auf der einen Seite dem Besitzer Schutz gegen jede Gewaltthätigkeit verheißt[10]), und dahin auch ein Verbot gegen den Eigenthümer rechnet, auf seinem Grund und Boden zu bauen[11]), — und dagegen auf der andern Seite jedes nackte Verbot eines völlig Unberechtigten so privilegiren wollte, daß diesem vorerst unbedingter Gehorsam gezollt werden müßte, und der besitzende Eigenthümer dagegen nur durch Erhebung einer für ihn nothwendigen Besitzklage sich helfen könnte. Es würde hiergegen von dem Prätor eingewendet werden können, was im fr. 3. §. 8. D. de rivis (43, 21) Ulpian bei einer ähnlichen Collision zwischen dem interdictum de rivis und der operis novi nunciatio bemerkt: cum enim praetor ei vim fieri vetet, absurdum est per operis novi nunciationem eum impediri. Der hier geltend gemachte Grund lautet ganz allgemein, und wenn in einer andern Stelle[12]) Ulpian noch weiter geltend macht, daß es im öffent-

---

9) Es ist daher unrichtig, wenn v. Vangerow in seinem Lehrbuche der Pandekten 6. Aufl. Bd. III. §. 677 S. 560 unter No. 4 behauptet, die von mir a. a. O. angeführten Stellen redeten gar nicht von dem int. quod vi. — Ueberhaupt hat sich daselbst das Mißverständniß eingeschlichen, nach m. A. könne die prohibitio nur dann das int. quod vi hervorbringen, wenn der Unternehmer des Werkes dem nachherigen Prohibenten von dem vorzunehmenden Werke Anzeige gemacht, und damit selbst das mögliche Interesse des Prohibenten anerkannt habe. — Zur einfachen Widerlegung einer solchen Auslegung meiner Worte wiederhole ich dieselben: „Das nackte Verbot hat an und für sich gar keine Wirkung. Denn es muß stets eine denunciatio dessen der eine dem Verbietenden schädliche Neuerung an einem Grundstücke vornehmen will, dem Verbote vorausgegangen sein, oder es müssen wenigstens derartige Umstände vorliegen, welche den Unternehmer des opus ein Verbot mit Sicherheit erwarten ließen", — und S. 232: „Später (nämlich bei den Römern) dehnte man zwar das int. q. vi auch auf den Fall aus, wenn keine Anzeige erfolgt war, und dennoch ein Verbot eingelegt ward, allein dabei war doch offenbar vorausgesetzt, daß wenigstens nach der Regel die Anzeige hätte vorausgehen sollen, fr. 5. §. 7. D. h. t."

10) Fr. 1. pr. §. 4 D. uti possid. XLIII, 17.

11) Fr. 3. §. 4 D. ibid.

12) Fr. 5. §. 11. D. de oper. n. nunc. (XXXIX, 1).

lichen Interesse liege und zur allgemeinen Sicherheit diene, wenn die Cloaken und Bäche gereinigt würden, so dürfte doch schwerlich dieser Grund der allein entscheidende sein. Uebrigens liegt es aber auch im öffentlichen Interesse, zur Vermeidung von schweren Gewaltthätigkeiten und Friedens-Bruch vor Allem den Besitz zu schützen. Der Besitzer wird in gleichen Verhältnissen stets vorgezogen [13]), wie kann man also annehmen, daß er jedem nackten Verbote so lange Gehorsam leisten müsse, bis er erst durch zu erhebende Klage im Besitzprocesse siegen werde.

6) Wer eine Besitzstörung auf der Stelle zurückschlägt, wer sich in seinem Besitze durch Selbstvertheidigung schützt, ja sogar eine Anlage des prohibirenden Gegners auf seinem Grund und Boden auf der Stelle mit Gewalt wieder entfernt, hat eine wirksame Einrede gegen das int. quod vi [14]), wie viel mehr muß also dem besitzenden Eigenthümer gestattet sein, einem nackten Verbote die gelinde Selbstvertheidigung durch ununterbrochenes Fortbauen entgegenzusetzen? Der besitzende Eigenthümer darf daher die Einrede des Besitzes gegen das int. quod vi gebrauchen [15]), ohne zur Klage auf Schutz im Besitze genöthigt zu sein. [16])

Es läßt sich hiernach aus den eignen Aeußerungen Ulpians darthun, daß seine Bezeichnung der Definition des Quintus Mucius Scaevola von vis [17]) als einer erschöpfenden keineswegs zu billigen ist. Unter die Begriffs-Bestimmung: vi factum videri, si quis contra, quam prohiberetur, fecerit fällt schon nicht einmal der gleich nachher im fr. 1. §. 8. ibid. erwähnte Fall, in welchem

13) Fr. 1, §. 1. fr. 2. D. (43, 17).

14) Wie im §. 2 näher dargelegt werden wird.

15) Fr. 1. §. 4. D. 43, 17. duplex via est, aut exceptio, aut interdictum, exceptio datur ex multis caussis, ei, qui possidet.

16) Im fr. 3. §. 2. D. 43, 17, woraus man diesen exorbitanten Satz der Röthigung zur Klage herleitet, heißt es auch nur: sufficit ei, er kann also den Weg der Klage wählen, muß es aber nicht. Daher ist auch die klare Bestimmung im fr. 5. §. 10. D. 39, 1. vgl. mit fr. 29. §. 1 D. 9, 2. daß gegen den besitzenden Eigenthümer nur die operis novi nunciatio statthaft sei, nicht in der geschraubten Weise zu erklären, wie dieß von Vangerow a. a. O. S. 565. III. geschieht.

17) Im fr. 1. §. 5. D. 43, 24. vgl. mit fr. 73. §. 2. D. de R. J.

gar kein Verbot erfolgte, und doch vis angenommen wurde. Wie bei dem interd. unde vi eine vis atrox vorausgesetzt wird [18]), so wird bei dem int. quod vi eine solche Handlung erfordert, die sich ungeachtet der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung des Interesses des Verbietenden, an dessen Verbot nicht kehrt, oder die Erlassung des Verbotes verhindert.

§. 2.

Die exceptio quod vi aut clam, oder eigentlich vollständiger quod non tu vi aut clam feceris oder fecisti ist heutzutage in sehr enge Schranken zurückverwiesen. Nach einer Aeußerung von Julianus [19]) sollte man freilich zu der Ansicht gelangen, daß diese Einrede ganz allgemein gegen das int. quod vi aut clam stattfinde, indem dieser Jurist die Statthaftigkeit der fraglichen Einrede für äußerst billig erklärt. [20]) Offenbar hatte derselbe aber nur den Fall im Auge, wenn sich der besitzende Eigenthümer, oder wenigstens der Besitzer der unbeweglichen Sache gegen ein Unternehmen, das ihn zur Erhebung des interdicti quod vi aut clam berechtigen würde, auf der Stelle durch Selbstvertheidigung schützt. [21]) Wird er nun selbst von dem zurückgewiesenen Unternehmer mit dem int. q. vi aut cl. belangt, so kann er sich mit dieser Einrede schützen. Es ist hier dasselbe Verhältniß wie bei dem interdictum unde vi. Auch hier wird für durchaus billig und dem natürlichen Rechte entsprechend erklärt, Gewalt mit Gewalt zu vertreiben, nur muß dies auf der Stelle, als ein Act der Nothwehr geschehen. [22])

---

18) Fr. 1. §. 3. D. 43, 16.

19) Fr. 7. §. 3. D. h. t.

20) So allgemein wird sie auch zugelassen von Günther, Principia juris Romani privati. 1809. T. II. §. 1100. pag. 817 sub. IX. 2. — Thibaut. System des Pandektenrechts. 8. Ausg. 1834. Bd. I §. 233. (t.)

21) Im fr. 22. §. 2. h. t. ist augenscheinlich von einem solchen Falle der Nothwehr die Rede.

22) Fr. 1. §. 27. fr. 3. §. 9. fr. 17. D. de vi (XLIII, 16) vgl. fr. 45 §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX, 2) vim enim vi defendere, omnes leges omniaque jura permittunt. — Auch in den neuern Strafgesetzbüchern, z. B. in dem für das Großh. Hessen Art. 46. No. 4: ist Selbstvertheidigung durch Privatgewalt gegen denjenigen gestattet, welcher in eines andern Besitzthum

Wäre aber auch die Meinung des Julianus eine andere gewesen und hätte er nicht den erwähnten Fall allein im Auge gehabt, wie denn doch den Römischen Juristen die Vergleichung zwischen den beiden Interdicten unde vi und quod vi, und deren gleiche Behandlung sehr nahe lag[23]), so würde dessen Lehre schon durch die beigefügte Restriction des referirenden Ulpian sehr eingeschränkt worden sein. Dieser fügt nehmlich hinzu; quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria caussa, alioquin haec omnia officio judicis celebrari oportet. Die Regel des Julianus wird dadurch eigentlich schon in die Ausnahme umgewandelt. Noch mehr muß man dieß aber jedenfalls im Sinne der Justinianeischen Compilation annehmen, indem hier jede Selbsthülfe verpönt ist. Ohne Zweifel wird man den §. 6 J. de interdictis (IV, 15) hierher ziehen und jene Einrede gerade so wie bei dem int. unde vi, ausschließen müssen, bis auf den einen Fall der Nothwehr.[24]) Unrichtig ist daher die Ansicht mancher Juristen, welche dem Eigenthümer, oder dem Besitzer überhaupt diese Einrede, ohne die Einschränkung auf den Fall der Nothwehr gestatten.[25])

Verschieden davon ist die ganz allgemeine Einrede des Nothstandes, welche dem Kläger bei dem interd. quod vi auch entgegenstehen würde, wenn Jener selbst auch durchaus keiner Eigenmacht sich schuldig gemacht haben sollte, z. B. wenn das Eigenthum des Klägers wegen der dem Beklagten drohenden Feuers- oder Ueberschwemmungs-Gefahr zerstört worden ist. Von dieser Einrede quod incendii defendendi caussa factum non sit? ist im §. 4. desselben fr. 7. D. h. t. die Rede, und es gilt hierbei noch mehr die Einschränkung Ulpians im §. 3, daß dazu eine ganz be-

---

gewaltthätig einzufallen, einzubrechen, oder sonst auf unerlaubte Weise einzubringen sucht.

23) Fr. 15. D. de vi (43, 16).

24) Vgl. Schweppe, Römisches Privatrecht 3. Aufl. 1822. §. 571. — v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Aufl. 1825. Buch III. §. 280 S. 330. No. 5.

25) Böhmer, Doctrina de actionibus. 6. Aufl. 1738. sect. II. cap 4. §. 51. pag. 361. noth. — Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 3. Aufl. 1852. Bd. II. §. 421. S. 369 No. 6. tit. 6.

sonders dringende Ursache vorliegen müße und hierbei hauptsächlich das vernünftige Ermessen des Richters entscheidend sei.

§. 3.

Zur Erläuterung mögen folgende Rechtsfälle dienen.

1) Dem B war 1852 rechtskräftig das Recht zuerkannt worden, das von und aus dem Hinterbau seines Wohnhauses abfließende Wasser durch den Hof seines Nachbars A ablaufen zu lassen. Als nun A 1856 in seinem rings durch Gebäude oder Mauern umschlossenen Hofraume eine Waschküche errichtete und die Backsteinmauer bereits eine Höhe von etwa 10 Fuß erreicht hatte, stieß B, der schon vorher den Bau verboten hatte und nicht in seinem Hause zu jener Zeit wohnte, von der Grenzmauer aus vermittelst einer starken Stange unter Beihülfe seines Lehrjungen die Waschküche größtentheils zusammen.

A erhob darauf gegen B ausdrücklich das interdictum quod vi aut clam, B setzte die Einrede: quod non tu vi aut clam fecisti entgegen, gestützt darauf, daß er dem A mit Rücksicht auf das ihm zustehende und durch den Neubau gefährdete Wasserleitungsrecht den Bau untersagt habe, den aber A dennoch unter Erschleichung der polizeilichen Erlaubniß, hinter seinem Rücken vorgenommen hätte. Er habe sich daher nur im Besitze und Rechte geschützt und erhebe eine Widerklage auf Schutz im ungehinderten Besitze seines Wasserleitungsrechtes.

A verweigerte die Einlassung auf die Widerklage und machte wiederholt geltend, daß B sich einer unerlaubten Eigenmacht schuldig gemacht habe.

Das Gericht erster Instanz verurtheilte darauf den B zur Wiederherstellung und zum Schadensersatze und verwies die Widerklage zur besonderen Verhandlung.

Das Gericht zweiter Instanz hielt jedoch die Einrede und Widerklage für statthaft und legte dem A Einlassung auf letztere auf. Bei dem Gerichte dritter Instanz wurde aber das erst instanzliche Erkenntniß wiederhergestellt, mit Rücksicht auf fr. 7. §. 3. D. quod vi aut clam (43, 16), indem es eine magna et satis necessaria caussa für das Beginnen des B vermißte und dessen Zerstörung eines Werkes auf fremdem Grund und Boden für

eine unerlaubte Selbsthülfe, und nicht als eine erlaubte Selbstvertheidigung betrachtete.[26]

Dieser Rechtsfall ist für die ganze Lehre interd. quod vi aut clam besonders instructiv. Ohne Zweifel stand dem A das interd. quod vi gegen den B ohne weiteren Beweis an sich zu, weil B unter den vorliegenden Umständen, bei der gewaltsamen Vornahme einer Veränderung an einem Bau in dem von A unstreitig besessenen, rings umschlossenen Hofraume mit Sicherheit annehmen mußte, A werde ihm diese Zerstörung, ob angekündigt oder nicht, verbieten. Ebenso war die Errichtung der Waschküche als novum opus dem B gegenüber eine vi und clam unternommene, weil A unter den vorliegenden Umständen annehmen mußte, er werde auf Widerspruch des B stoßen, welcher denn auch in der That, ohne daß A dem B zuvor Anzeige von dem Bau-Unternehmen gemacht hatte, ein Verbot einlegte. Wir haben hier also den Fall des fr. 5. §. 7. D. h. t. Dessen ungeachtet durfte B sich nun nicht selbst gewaltthätig Recht verschaffen und den Bau zerstören, weil es dazu an den Bedingungen der Nothwehr fehlte, indem er sich nicht gegen einen Angriff *seines Besitzthumes* und auch nicht auf der Stelle schützte, sondern auf *fremdem* Grund und Boden einen Act der Selbsthülfe übte. B hätte vielmehr nach der deutlichen Anweisung im fr. 5. §. 10. D. de operis novi nunc. (XXXIX 1) gestützt auf sein Wasserleitungsrecht unter näherer Darlegung der Thatsachen, in welcher Beziehung er in dessen Ausübung durch den Neubau beeinträchtigt werde, bei dem Gerichte einen Einhaltsbefehl erlangen und alsdann selbst als Kläger mit der actio confessoria auftreten müssen.[27] Umgekehrt würde A wieder als offenbar und unstreitig Besitzender seines Hofraumes das Recht gehabt haben, die Gewaltthat des B durch Selbstvertheidigung zurückzuschlagen, oder ein etwa von diesem B auf seinem des A Hofe errichtetes Werk sogleich zu zerstören.[28] Wäre er von B

---

26) Erkenntniß des Ober-App.-Ger. zu Darmstadt v. 5. Juni 1857. ad. num. 53.

27) Vgl. fr. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. IX. 2. — Meine Abth. a. a. O. S. 223. Nr. 2.

28) Vgl. den analogen Fall im fr. 17. D. de vi (XLIII, 16).

mit dem int. quod vi belangt worden, weil er ungeachtet des Verbotes des B den Neubau der Waschküche fortgesetzt hätte, unter der Voraussetzung, daß er hierdurch offenbar das Wasserleitungsrecht des B beinträchtigt haben würde, so hätte er sich nicht auf die Einrede seines Besitzers einfach berufen können, er durfte in diesem Falle das Verbot des B nicht verachten, weil er den Einspruch desselben mit hoher Sicherheit erwarten konnte. Allerdings würde er aber das Verbot des B haben unbeachtet lassen können, wenn derselbe z. B. in einer andern Straße gewohnt hätte und niemals irgend ein Anspruch von ihm gegen A erhoben worden wäre; alsdann hätte dem A einfach die Einrede des Besitzes genügt.

Hätten die Gerichte nach der in den Lehrbüchern gangbaren Lehre[29]) entscheiden wollen, alsdann hätte umgekehrt A wegen des Verbotes des B, — selbst wenn dieser sich nicht auf sein Wasserleitungsrecht hätte stützen können, sondern nur aus einer Eingebung muthwilliger Laune ein Verbot gegen den Neubau des besitzenden Eigenthümers A eingelegt hätte, — mit diesem Neubau auf der Stelle einhalten und erst eine Klage auf Schutz im Besitze erheben müssen, sonst würde er, der A, in Folge des von B erhobenen interd. quod vi zur Wegräumung des opus zu verurtheilen gewesen sein. Das nackte, auf Nichts sich stützende, mündliche Verbot des B würde dem A nach dieser Lehre die Hände gebunden haben, während er nach der richtigen Entscheidung die thatsächliche Begegnung des B gegen sein opus sogar mit Gewalt gegen die Person des B hätte entfernen dürfen.

2) A behauptete das Recht, das in seinem Hofe sich sammelnde Wasser auf dem Hofe des B vermittelst einer in der Grenzmauer beider Hofraithen befindlichen Oeffnung abzuleiten. B führte ein diese Oeffnung verschließendes Mäuerchen auf seinem Grund und Boden, in seinem Hofe auf. Als nun bei einem Wolkenbruchähnlichen, starken Regengusse die Hofraithe des A überschwemmt wurde und Gefahr für dessen Wohnung entstand, stieß er jenes Mäuerchen durch, und verschaffte auf diese Weise dem Wasser Abfluß. B belangte den A deßhalb mit dem int. quod

---

29) Sogar noch in der 6. Aufl. von Vangerow's Lehrbuch der Pandekten. Bd. III. S. 562. III.

vi aut clam, welchem A die exceptio quod non tu vi aut clam fecisti mit Erfolg entgegensetzte, indem die Gerichte annahmen, daß hier eine magna et satis necessaria caussa vorliege.[30]) In diesem Falle lag eigentlich ein Nothstand vor, welcher selbst alsdann den Beklagten gegen das interd. geschützt haben würde, wenn er sich nicht auf ein behauptetes Wasserleitungsrecht hätte stützen können, und wenn der Kläger selbst auch nicht die vorhandene Oeffnung in der Grenzmauer zuerst versperrt hätte. Diese Versperrung der vorhandenen Oeffnung geschah unter solchen Umständen, daß der B mit Sicherheit den Widerspruch des A erwarten konnte; es hätte also dem A (wie in diesem Falle geschehen) selbst nicht einmal der Beweis der behaupteten Gerechtigkeit auferlegt werden sollen. Die Fragen über das petitorium bleiben bei dem interd. quod vi aut clam, sowohl bei der Klage, als der Einrede nach fr. 1. §. 2. D. h. t. ausgeschlossen. Sind also die Umstände nicht offenbar, oder doch nach beigebrachter Bescheinigung der Art, daß der Unternehmer mit Sicherheit Widerspruch erwarten mußte, so kann von dem Interdicte kein Gebrauch gemacht werden, es würde sich dann von der petitorischen Klage nicht mehr unterscheiden.

VIII.

Beitrag zur Lehre vom Institor, mit besonderer Beziehung auf C. 5. §. 10. D. de instit. act.

Von

Herrn Dr. jur. Ad. Dedekind,
in Braunschweig.

§. 1.

„Sed et quum fullo peregre profiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret,

30) Dieser Rechtsfall ist bereits mitgetheilt in Elvers, Schäffers u. A. Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I. 1852. S. 24. Ich habe ihn hier kurz wiederholt, weil das Gericht zweiter Instanz in dem obigen Rechtsfalle Nr. 1 gerade mit Rücksicht auf dieses angebliche Präjudiz zu seiner Entscheidung gelangt war.